

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PRÉFIGURATION DU DROIT DE LA GÉNÉTIQUE PAR LES
CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE : L'EXPÉRIENCE NORD-
AMÉRICAINE

Auteur(s) : Jean-Christophe GALLOUX

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 117-149

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13382>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13382>

Page vide laissée intentionnellement.

LA PRÉFIGURATION DU DROIT DE LA GÉNÉTIQUE PAR LES CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE: L'EXPÉRIENCE NORD-AMÉRICAINE

par Jean-Christophe GALLOUX*

Les solutions juridiques élaborées par la pratique contractuelle dans le domaine des biotechnologies telle qu'elle a pu être observée récemment en Amérique du Nord, confirment les premières analyses doctrinales relatives aux développements récents de cette technologie nouvelle. On assiste à une réification du vivant et de ses structures, quelle qu'en soit leur origine biologique - humaine ou non humaine - et à leur appropriation par divers mécanismes de réservation. S'agit-il là de préfiguration d'un futur droit à la génétique?

The scope of the article is to analyse and compare the actual contractual biotechnology practices in North America with the theoretical concepts developed by scholars. The practices largely confirm the theories to the effect that there are ownership rights in all living things and materials, even if those rights are not always traditional ownership rights. Are not these contractual practices the foundation of future genetic laws?

*. Agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université de Reims, secrétaire général de l'Association Juribio, avocat.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	121
I - LA NATURE RÉELLE DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES ET BIOLOGIQUES	125
A - LES FONDEMENTS DE LA RÉIFICATION DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES DANS LES CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE	127
1 - L'ABSENCE DE DISTINCTION SELON L'ORIGINE DES MATÉRIELS	127
2 - L'ABSENCE DE RÉFÉRENCE À LA NOTION DE VIE	130
B - LA PORTÉE DE LA RÉIFICATION DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES DANS LES CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE	132
1 - LA DISTINCTION DES ASPECTS CORPORELS ET INCORPORELS DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES ET BIOLOGIQUES	133
2 - LE CARACTÈRE APPROPRIABLE DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES	136
II - L'ÉMERGENCE D'UNE PROPRIÉTÉ BIOLOGIQUE OU GÉNÉTIQUE	141
A - LES PROPRIÉTÉS TECHNIQUES DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES OU BIOLOGIQUES	141
1 - LE CARACTÈRE AUTO-REPRODUCTIBLE DU VIVANT	142
2 - LE CARACTÈRE VARIABLE DU VIVANT	145
B - LES PROPRIÉTÉS JURIDIQUES DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES OU BIOLOGIQUES	150
1 - LES TYPES DE PROPRIÉTÉS BIOLOGIQUES	150
2 - LES CONTOURS DE LA PROPRIÉTÉ BIOLOGIQUE	153
CONCLUSION	156

(1992) 23 R.D.U.S.	La préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie : l'expérience nord-américaine	119
--------------------	---	-----

INTRODUCTION

Les juristes découvrent la génétique moderne à mesure que sont apprivoisées les techniques qu'elle a suscitées. Du dépistage des maladies héréditaires au déchiffrement du génome humain, de la réalisation d'animaux-chimères à la dissémination de microorganismes génétiquement recombinés, les technologies du vivant entrent dans la pratique quotidienne et y rencontrent le droit. La fréquence de ces confrontations a pu conduire certains auteurs à évoquer l'émergence d'un véritable «droit de la génétique»¹.

À la vérité, l'apparition «d'un droit de la génétique» est sans doute concomitante à l'apparition du droit lui-même si l'on entend par cette expression le droit relatif aux problèmes posés par les phénomènes de l'hérédité. Qu'il s'agisse de l'eugénique, à laquelle les règles gouvernant les empêchements au mariage ont conféré une grande pérennité dans les systèmes juridiques, ou qu'il s'agisse des réglementations destinées à l'amélioration des races animales et des variétés végétales, la génétique a toujours sollicité la réflexion juridique².

L'originalité de la situation contemporaine tient à la connaissance plus intime des phénomènes de l'hérédité due aux découvertes scientifiques récentes, et à la maîtrise plus grande qu'elles offrent à l'homme sur le règne vivant. L'exploitation industrielle des mécanismes vitaux a été notamment consacrée par les biotechnologies.

Ce terme biotechnologies désigne les «applications des sciences ou de l'ingénierie à l'utilisation des organismes vivants ou de leurs parties ou produits sous leur forme naturelle ou modifiée»³. Les biotechnologies entretiennent des rapports évidents avec la génétique, dans la mesure où l'utilisation du vivant emporte l'utilisation des structures et des processus qui président à son fonctionnement et à sa naissance. Bien que les biotechnologies constituent elles

-
1. J. ROBERT, «La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit», *Revue de droit public*, 1984, p. 1288; voir également: M. DEUTSCH, «Das recht der gentechnologie», *Zeitschrift für Rechts-politik*, vol. 20, 1987, pp. 305-310.
 2. Voir: J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse de doctorat d'habilitation en droit, Bordeaux I, 1988.
 3. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), c. 16 (4^e supp.) paragraphe 3(1). Pour d'autres définitions des biotechnologies, voir: T. LAVOIX, *Impact des biotechnologies; risques et opportunités*, I.P.E.E., Paris, 1987.

aussi des activités fort anciennes⁴, leur essor actuel considérable en fait un des pôles importants du développement économique des pays les plus industrialisés⁵.

Ces perspectives économiques ont stimulé une pratique juridique importante, le plus souvent contractuelle, destinée à organiser la circulation des biens biologiques vivants ou génétiques. Dès lors, il paraissait légitime d'examiner cette pratique qui, en l'absence le plus souvent d'un cadre normatif spécifique, représente le seul point de référence permettant de déceler une éventuelle évolution des structures juridiques existantes ou d'en prévoir l'émergence. À défaut d'une réglementation adaptée, les milieux professionnels s'organisent et élaborent des usages contractuels cohérents dont de nombreux exemples ont montré, par le passé, qu'elle pouvait *préfigurer* l'état futur du droit⁶.

L'examen de la pratique contractuelle permet par ailleurs, de confronter les solutions adoptées aux analyses doctrinales qui ont pu être menées sur des sujets identiques. Cette dialectique de la pratique et de la théorie est moins intéressante pour la comparaison qu'on pourrait en tirer avec les méthodes des sciences pures où les hypothèses sont vérifiées en laboratoire, que pour la construction même du champ normatif de la génétique. Si la pratique contractuelle, ici comme en d'autres domaines, tend à rechercher des solutions particulières à des problèmes ponctuels, les mécanismes juridiques qu'elle emploie et les qualifications qu'elle propose ont valeur générale pour le champ en son entier. Le travail de la doctrine doit s'attacher à pondérer les solutions retenues et à évaluer leur portée juridique.

L'analyse doctrinale doit en définitive prendre la mesure de cette préfiguration.

L'étude proposée s'appuie sur l'examen d'une cinquantaine de documents contractuels émanant d'une vingtaine d'institutions universitaires, hospitalières, industrielles de recherche ou de production, situées tant aux États-Unis qu'au Canada, et constituant un échantillon représentatif de l'activité biotechnologique en Amérique du Nord. Ce choix apparaît comme particulièrement pertinent,

-
4. Depuis l'époque néolithique, l'utilisation des levures et autres microorganismes permet aux hommes de lever leur pain ou leur pâte, de fermenter leur vin, de rouir leur chanvre, etc...
 5. La production américaine dans le domaine des biotechnologies est évaluée à 50 milliards de dollars d'ici l'an 2000 (D. QUAYLE, *Report on National Biotechnology Policy*, 1990). Sur l'ensemble de cette question: *Biotechnology in a global Economy*, Office of Technology Assessment, (OTA) U.S. Congress, 1991.
 6. Pour un exemple remarquable de ce phénomène, l'élaboration du droit d'obtention végétale, voir l'étude de M.A. HERMITTE, «Histoire juridique extravagante: la reproduction végétale» dans *La gestion des ressources naturelles d'origine agricole* sous la direction de P. KAHN et J.-C. FRITZ, Paris, Litec, 1983, pp. 249 et suiv.

puisque l'Amérique du Nord demeure - de loin - la région la plus «biotechnologique» du globe. Certains contrats concernent toutefois des entreprises européennes ou orientales. L'imprécision du droit applicable à ces contrats, et les comparaisons qui ont pu être effectuées avec des documents d'origine européenne permettent d'affirmer que les solutions de principe dégagées apparaissent largement valables dans tous les systèmes juridiques occidentaux, qu'elles prennent place dans des systèmes de droit civil ou des systèmes de common law. Les documents peuvent se classer selon six catégories qui reconstituent approximativement le circuit «commercial»⁷ suivi par les matériels biologiques depuis leur découverte jusqu'à leur éventuelle exploitation industrielle.

Originellement, le matériel biologique s'obtient soit dans le cadre d'échanges formalisés entre les équipes de recherche, soit de patients ou de volontaires sains, à la suite des prélèvements auxquels ils auront pu consentir.

Dès lors, il peut faire l'objet de contrats de recherche⁸ et d'accords de confidentialité⁹. Puis, s'il est protégé par un brevet, le matériel peut apparaître dans un contrat de dépôt auprès d'une autorité de dépôt internationale¹⁰, l'invention pouvant elle-même être transférée par le biais d'un contrat de licence¹¹.

-
7. La commercialité s'entendant ici de la circulation juridique des choses autour des personnes et non d'une opération à but onéreux comme trop souvent on l'affirme (ex.: Avis du Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) du 2 décembre 1991 relatif «à la transfusion sanguine au regard de la non-commercialisation du corps humain») : voir J.-C. GALLOUX, «Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français», (1989) 30 *C. de D.*, n° 4, pp. 1011 et suiv.
 8. Contrats par lesquels deux ou plusieurs parties collaborent ou contribuent à un programme de recherche sur un domaine technique particulier.
 9. Autrement dénommés: «confidential disclosure agreement» ou «confidential information disclosure and limited use agreement», «invention disclosure», ou encore «confidentiality agreement». Ces accords permettent aux parties d'échanger des informations dans le cours d'une recherche ou pour le développement d'une invention.
 10. Dans la mesure où certains matériels biologiques ne peuvent être décrits comme l'exige la procédure de demande de brevets, ils peuvent être déposés auprès d'une autorité de dépôt internationale, selon les stipulations du Traité de Budapest relatif à la reconnaissance internationale des dépôts de microorganismes. L'union de Budapest, constituée à la signature du Traité le 28 avril 1977 et entrée en vigueur en avril 1980, compte actuellement 17 membres. Le Canada n'en fait pas partie aussi bien le dépôt d'un matériel vivant ne peut valoir description. Voir: *Pioneer Hi-Bred Ltd v. Commissioner of Patents* (1987), 11 C.I.P.R. 165 (C.A.F.) et *Pioneer Hi-Bred Ltd c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623. Sur l'ensemble de la question du dépôt de matériels biologiques, voir: MOUFANG et STRAUS, *Deposit and release of biological material for the purpose of patent procedure - industrial and tangible property issues*, Baden-Baden, 1990.
 11. Sur l'ensemble de la question des licences en matière de biotechnologie, on se reportera utilement aux études suivantes: M. G. EDWARDS, *Business plan for university licensing association for biotechnology*, Stanford University, mars 1983; G. M. GOULD, «Dynamics

L'impression contractuelle sur les développements d'un droit de la génétique agit à deux niveaux de la construction juridique: la pratique supporte l'affirmation de la nature réelle des matériels biologiques et génétiques dont elle règle la circulation (I); par ailleurs, cette même pratique semble consacrer l'émergence d'une propriété biologique ou génétique spécifique (II).

I - LA NATURE RÉELLE DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES ET BIOLOGIQUES

Le matériel génétique peut se définir comme le véhicule de l'hérédité chez les êtres vivants: il s'entend des gènes, du génome d'un individu comme de l'ensemble du patrimoine génétique d'une population donnée¹².

Le matériel biologique désigne toute matière vivante, quelle soit une partie d'un organisme vivant telle que ses cellules et des organites intracellulaires¹³, ou un organisme vivant en lui-même¹⁴. Il est rare que les documents contractuels visent expressément le matériel génétique *stricto sensu*. Le plus souvent il sera saisi par le biais des matériels biologiques qui le contiennent, de sorte que nous conserverons ces deux expressions «matériel biologique et matériel génétique» en gardant à l'esprit qu'elles réfèrent à une situation réelle et pratique identique.

-
- of a university industry licence negotiation» dans N. T. LIPPERT et G. M. GOULD, *Trends in biotechnology and chemical patent law*, P.L.I., 1985, pp. 107-125; D. BLUMENTHAL et autres, «Commercializing university research», *New Engl. J. of Med.*, vol. 314, n° 25, 1986, pp. 1621-1626; W. N. KIRN, «The use of bailments in connection with the licencing living organisms» dans G. SOBEL, *Technology licencing*, P.L.I., 1987, pp. 291 et 331; J. W. SCHLICHER, «The law and economics of licencing biotechnology patent, and related rights in United States» dans G. SOBEL, *id.*, pp. 337-338 et JPTOS, mai 1987, pp. 263 et 285; D. E. KORN, «Patent and trade-secret protection in university-industry research, relationships in biotechnology», *Harvard Journal on Legislation*, vol. 24, 1987, pp. 190-237; J. L. JEFFERS, «Restriction of propagation of patented bacteria sold by patentee - can it be done?», JPTOS, vol. 70, n° 2, 1988, pp. 137-145; E. MACMAHON et B. W. GRAY, *Biotechnology licencing*, Toronto, 1989.
12. Voir: J.-C. GALLOUX, «De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant», *Revue de la recherche juridique*, 1989, n° 3, p. 522.
13. Comme des fractions d'acide desoxyribonucléique (A.D.N.) qui forment le support des gènes, des chromosomes ou des plasmides.
14. Une culture de bactéries ou des lignées cellulaires seront qualifiées toutes deux de matériel biologique alors qu'il s'agit dans le premier cas de parties d'un être vivant et dans le second d'une population d'êtres vivants autonomes. Sur les difficultés d'une définition de l'organisme, on lira avec intérêt: H. SPALTENSTEIN, «La vie et l'organisme: proposition d'une solution», *Fundamenta Scientae*, vol. 7, n° 2, 1986, pp. 267-275.

La pratique biotechnologique confirme l'analyse juridique doctrinale selon laquelle les matériels génétiques ou biologiques sont des choses (*res*), sans qu'il y ait à distinguer selon leur origine animale, végétale ou humaine¹⁵.

La question restait controversée, dans les pays de droit civil¹⁶. Elle semble désormais tranchée car on imagine mal comment la qualification personnelle du matériel génétique humain pourrait s'accorder aux pratiques examinées, au savoir scientifique et s'intégrer rationnellement au système juridique tel qu'il est actuellement conçu¹⁷.

La pratique biotechnologique ne procède pas à la réification des matériels génétiques ou biologiques ce qui ferait accroire à leur nature autrefois personnelle. Elle ne fait que révéler la nature réelle de ces objets. Certes, les contrats examinés n'affirment jamais que les objets dont ils règlent la circulation juridique sont des choses; ils se contentent de supposer leur nature réelle et les traitent en fonction de celle-ci. Toutefois, un certain nombre d'indices permettent de régler définitivement et en toute logique la nature juridique des matériels en cause (A). La portée de cette qualification mérite également d'être soulignée (B).

A - LES FONDEMENTS DE LA RÉIFICATION DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES DANS LES CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE

Deux indices ancrent indubitablement la qualification juridique des matériels biologiques et génétiques dans la catégorie des choses: d'une part, les clauses contractuelles n'opèrent jamais de distinction entre les matériels selon leur origine (1); d'autre part, les parties ne recourent pas à la notion de la vie pour décrire ou spécifier les matériels visés (2). L'absence d'une double

15. Voir: J.-C. GALLOUX, thèse et article précités notes 2 et 7; N.J. MAZEN, «Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme» dans *Bioéthique et droit* sous la direction de R. DRAI et M. HARICHAUX, PUF, Paris, 1988, pp. 267 et suiv.

16. Voir notamment: G. CORNU, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, Montchrestien, Paris, 1984, n° 306, pp. 423-424; J. RUBELLIN-DEVICHI, «Congélation d'embryons, fécondation in vitro, mères de substitution: le point de vue d'un juriste» dans *Actes du colloque procréation, génétique et droit*, Actes sud, Paris, 1986, p. 307; C. LABRUSSE, «Dons et utilisation de sperme et d'ovocytes - le point de vue d'un juriste», *id.*, p. 255. Par la qualification de «patrimoine de l'humanité» donnée au génome humain, voir CCNE, Avis du 2 décembre 1991, *op. cit.*, note 7. La loi française ne conteste pas le caractère réel du matériel génétique humain: L. n° 91-1406 du 31 décembre 1991, art. 13.

17. En raison des catégories fondamentales qui en sont à la base comme celles des choses et des personnes; voir: M.A. HERMITTE, «Le corps hors du commerce, hors du marché», *Archives de philosophie du droit*, vol. 33, 1988, pp. 323 et suiv.

caractérisation à la fois humaine et vivante du matériel génétique ou biologique empêche selon nous, toute tentative ultérieure de les qualifier de personne.

1 - L'ABSENCE DE DISTINCTION SELON L'ORIGINE DES MATÉRIELS

L'absence de distinction selon l'origine des matériels biologiques ou génétiques employés en biotechnologie enlève toute possibilité de leur attribuer une qualification personnelle. En effet, il n'y a de personne qu'humaine, c'est-à-dire appartenant biologiquement au genre «*homo*». Ce principe est unanimement affirmé par la doctrine la mieux établie¹⁸.

Or, si l'on ne distingue pas ce qui ressort à l'humanité de ce qui ressort à l'animalité, on s'interdit dès lors toute personnalisation.

L'approche «globale» de la matière vivante promue par les contrats de biotechnologie appelle cependant quelques nuances.

Il est évident que l'origine du matériel traité sera précisée dans un but scientifique, à des fins d'identification. L'agrément de confidentialité sera relatif aux informations concernant telle séquence d'un A.D.N. humain; le contrat de licence portera sur la fabrication, grâce aux méthodes de génie génétique, de l'hormone de croissance humaine. Il n'en demeure pas moins que d'un *point de vue juridique*, les parties au contrat ne vont pas exploiter les différences d'origine biologique des matériels: les clauses contractuelles seront essentiellement les mêmes qu'il s'agisse d'un A.D.N. humain ou bactérien. Dans l'hypothèse où un matériel hybride est utilisé¹⁹, les parties seraient d'ailleurs bien en peine de préciser le règne auquel il appartient.

La distinction selon l'origine humaine ou non humaine des matériels n'aura que des conséquences marginales. Ainsi, le médecin ne prélèvera pas un échantillon cellulaire sur le corps d'un individu selon les mêmes règles que sur un animal, et la disposition de l'A.D.N. humain isolé à partir d'un produit

18. Voir par exemple: H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, par Michel de JUGLARD, Montchrestien, Paris, 1972, n^{os} 440, 441, et 471; J. CARBONNIER *Droit civil*, t. 1, n^o 48, pp. 229 et suiv.; même si certains auteurs ont pu regretter que les animaux ne rejoignent pas les hommes dans la catégorie des personnes; voir par exemple : J. BENTHAM, *Introduction to the principles of moral and legislation*, London, 1789 (1^{re} édition).

19. C'est le cas des hybridomes ou du produit des fusions cellulaires, qui consistent à fusionner deux cellules d'espèces différentes.

d'exercice obéira à un cadre juridique plus strict que la disposition d'un A.D.N. végétal déposé dans une banque de gènes²⁰.

Mais les différences quant au régime juridique de ces choses ne permettent pas de conclure, bien au contraire, à une différence essentielle de nature.

La preuve de l'uniformité et de la permanence de la nature réelle des matériels biologiques et génétiques employés dans les biotechnologies, est apportée par l'ensemble du circuit que suivent ces matériels. Dans l'hypothèse d'un échantillon d'A.D.N. humain, l'acte de prélèvement sera autorisé par un «formulaire de consentement» aux termes duquel un certain nombre de prérogatives sont reconnues à la personne consentante sur le matériel génétique prélevé. Elle peut ainsi refuser que les échantillons soient transférés à d'autres équipes de recherche ou remis à des tiers, conserver ou abandonner des droits potentiels à l'égard d'éventuels développements commerciaux de produits issus des matériels prélevés. Ces prérogatives portent sur une chose²¹. Le même matériel pourra, par la suite, être échangé, (s'il a été préalablement abandonné par la personne sur le corps de laquelle il a été prélevé) entre des équipes de recherche. L'équipe remettante revendiquera parfois une propriété véritable sur les échantillons. Dans tous les cas, des prérogatives réelles, telles que l'interdiction de les transférer à des tiers sans autorisation préalable, ou l'obligation d'informer le remettant pour toute découverte qui serait faite par le bénéficiaire de l'échange sur l'échantillon remis, sont alléguées²².

Si le matériel génétique vient à être breveté comme cela se révèle possible dans la plupart des pays²³, il peut être licencié. Le contrat de licence peut également prévoir des dispositions ne laissant aucun doute sur la nature réelle de l'objet sur lequel il porte²⁴. Le circuit ainsi effectué par les matériels humains est assez répandu pour avoir donné lieu à des contestations judiciaires. La Cour d'appel, puis la Cour suprême de Californie eurent ainsi à connaître de

20. Voir par exemple: B.M. KNOPPERS et C. LABERGE, «DNA sampling and informed consent», *C.M.A.J.*, vol. 140, 1989, pp. 1023-1928.

21. En ce sens, sur le constat de la réification des matériels humains dans la pratique médicale: C. LABRUSSE, «La procréation artificielle: questions de droit?», *Projet n° 195*, 1985, p. 120, «Commercial exploitation of DNA and the tort of conversion: a physician may not destroy a patient's interest in her body-matter», *New York Law School L.R.*, vol. 34, 1989, pp. 531 et suiv.

22. Voir par exemple: P. D. KELLY et E. G. JAWORSKI, «Agreements covering exchanges of biological materials», *Trends in Biotechnology*, vol. 3, n° 1, 1985, pp. 22-27.

23. Voir par exemple: J.-C. GALLOUX, «La brevetabilité des innovations génétiques sous la convention sur le brevet européen: réalité des perspectives», *Cahiers de la propriété intellectuelle*, 1990, n° 2.

24. Voir: J. L. JEFFERS, *loc. cit.*, note 11.

la réclamation d'un patient soigné pour un cancer, qui revendiquait une partie des bénéfices résultant de l'exploitation d'un brevet pris sur les séquences génétiques découvertes dans les échantillons tissulaires qui lui avaient été prélevés dans le cadre de son traitement²⁵.

Il nous semble important de préciser que la nature réelle des matériels en cause ne se déduit pas uniquement d'une référence à une quelconque valeur commerciale ou industrielle telle qu'elle est supposée dans les contrats de recherche, d'échange ou de licence. Elle se déduit plutôt, comme nous l'avons évoqué, de la nature même des actes juridiques que la personne peut accomplir sur eux, et des prérogatives qu'elle détient à leur égard. Les actes de don, de dépôt ou d'échange passés à titre gracieux, comme le pouvoir de ne pas donner ou d'exclure les tiers, évoquent des droits privatifs qui ne peuvent concerner que des biens et non des personnes, c'est-à-dire des sujets de droit agissant et non agis.

La qualification réelle de tous les matériels biologiques ou génétiques, en particulier des matériels d'origine humaine, est perçue comme un danger par une partie de la doctrine²⁶. Mais les catégories juridiques de l'extra-commercialité et des choses communes peuvent assurément jouer un rôle dans le contrôle de la circulation juridique des éléments corporels, de façon à protéger la personne dans son intégrité et sa dignité. Il est vrai que cette protection reste très lacunaire dans le cadre des circuits décrits plus haut. La sauvegarde de la personne s'arrête au stade de l'individu considéré comme source de matériel biologique. Elle ne s'étend pas à l'exploitation ultérieure de ces matériels. Dès lors, il appartient aux rédacteurs de formulaires de consentement notamment, de mettre la personne en mesure de contrôler, le cas échéant, les usages ultérieurs des éléments biologiques ou génétiques avec plus de précision²⁷. Le danger réside non pas dans la qualification réelle des matériels biologiques ou génétiques, mais dans l'imprécision des droits respectifs des parties sur ces matériels.

25. Voir: *Moore v. Regents of University of California*, 249 Cal. Rptr. 494 (Cal. App. 2 Dist. 1988); rev'd 793 P2d 479 (Cal.1990).

26. Pour un bon rappel des positions de principe en France, voir par exemple: Groupe d'Étude du Conseil d'État, *Science de la vie: de l'éthique au droit*, la Documentation Française, Paris, 1988.

27. En prévoyant en particulier les droits respectifs des parties en cas de développement commercial de produits. Ces développements sont rarement évoqués; voir par exemple : D.M. KNOPPERS et C. LABERGE, *loc. cit.*, note 20; voir *infra*.

2 - L'ABSENCE DE RÉFÉRENCE À LA NOTION DE VIE

«L'homme vivant seul est sujet de droit» rappelait à juste titre R. Demogue²⁸.

En effet, la personne doit, pour être reconnue, se manifester à la fois par une présence corporelle et par une présence active, c'est-à-dire vivante. La qualification «vivante» apparaît décisive pour le concept de personne puisque le corps abandonné par la vie, le cadavre s'analyse juridiquement comme une chose²⁹. C'est la raison pour laquelle le caractère vivant des matériaux biologiques ou génétiques avait été mise en exergue pour justifier qu'ils échappassent aux classifications traditionnelles du droit³⁰. À aucun moment, les rédacteurs des documents contractuels analysés ne recourent pourtant aux termes «vie», «vivant» ou «vital» pour désigner ou qualifier les matériels biologiques ou génétiques visés dans les opérations juridiques. Cette particularité sémantique étonne d'autant plus que le domaine du biologique traite exclusivement du vivant! Le vivant apparaît plutôt comme atomisé dans des particules chimiques ou biochimiques, éclaté en des parties fonctionnelles, bref assimilé à des objets techniques semblables aux objets techniques entrés de très longue date dans la sphère contractuelle. Il y a dans ce glissement du langage plus qu'une coïncidence due aux contingences des descriptions techniques.

Ce glissement marque la volonté consciente de traiter les matériels biologiques de la même manière que les matériels inanimés parce que la notion de vie est devenue un critère flou et inutile pour les distinguer vraiment³¹.

Cette approche nouvelle du phénomène vital, ou plutôt sa négation, s'énonce clairement dans les contrats relatifs aux dépôts de microorganismes et

28. R. DEMOGUE, «La notion de sujet de droit», *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1909, vol. 8, p. 614; pour une formulation comparable en common law: «To be a person one must be both alive and distinguishable from animal or other kinds of living things»; G. GROBSTEIN, «Defining human life» dans SHAW et DOUDERA, *Defining life: medical, legal and ethical implications*, Aupha press, Washington, 1983, pp. 3, 6.

29. Sur l'ensemble de cette question, voir: X. LABBÉE, *La condition juridique du cadavre*, thèse de doctorat de droit, Lille III, 1981.

30. Ce qu'illustre le recours à l'expression «forces génétiques» parfois employée par la doctrine française. Voir la note 16.

31. Ce que F. LHERMITTE exprimait ainsi: «Plus mes connaissances sur la vie progressent, plus cette question s'éloigne et s'éteint; elle devient même un non sens: la vie est un fait de la nature» dans «Le cerveau et la pensée ou la matière et l'esprit», *Revue des sciences morales et politiques*, 1981, p. 765.

de matériels assimilés, selon les règles du Traité de Budapest auprès des autorités désignées.

Les exemplaires déposés doivent, pour rester accessibles au public au moins pendant la durée du droit de brevet, demeurer viables c'est-à-dire aptes à se répliquer dans les conditions qui leur sont propres: en cas de «perte de viabilité», ils doivent être remplacés³². Le plus souvent, l'exigence de viabilité des matériels se trouve autrement qualifiée: ils doivent demeurer «biologiquement actifs»³³. Le vivant n'est autre qu'une activité particulière de la matière. Dès lors, il n'y a plus de division infrangible entre l'inanimé et l'animé. Les supports biologiques de la personne sont emportés dans la matérialité, dans l'indifférenciation des choses que le droit peut saisir. La pratique poursuit cette indifférenciation en évitant de distinguer selon l'origine des matériels utilisés.

B - LA PORTÉE DE LA RÉIFICATION DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES DANS LES CONTRATS DE BIOTECHNOLOGIE

Quelle portée les acteurs dans le domaine des biotechnologies donnent-ils à la nature réelle des matériels biologiques et génétiques? De ce point de vue la confrontation des approches doctrinales et de la pratique se révèle particulièrement intéressante puisque la première comme les secondes en arrivent à des conclusions similaires. Toutes deux procèdent à une analyse identique des caractéristiques des objets visés (1) pour en tirer les mêmes conséquences (2).

1 - LA DISTINCTION DES ASPECTS CORPORELS ET INCORPORELS DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES ET BIOLOGIQUES

Les récents travaux accomplis en biologie moléculaire nous ont enseigné que les molécules d'A.D.N., qui constituent les supports de l'hérédité, sont à la fois des molécules chimiques et des molécules informationnelles³⁴. Ces deux

32. Voir par exemple: S. CRESPI, «Biotechnology patents past and future», *EIPR*, vol. 4, 1981, p. 138; article 6-2 du Traité de Budapest, précité note 10. Voir également: World Federation for Culture Collections *Guidelines for the establishment and operation of collections of culture of microorganisms*, 21 décembre 1990; B. A. BRADON, «Role and practices of a patent depository», *Biotechnology Patent Conference*, Washington, mai 1990.

33. Voir par exemple: «Compte rendu du comité d'experts sur les inventions biotechnologiques et la propriété industrielle», *La propriété industrielle*, 1985, p. 62.

34. L'A.D.N. est une molécule formée de l'union de maillons élémentaires (nucléotides) dont les bases chimiques sont au nombre de quatre, toujours identiques: Adénine (A), Thymine (T), Guanine (G) et Cytosine (C); ces éléments sont agencés de telle manière qu'ils constituent

aspects du matériel génétique font l'objet d'un traitement juridique différent quoique complémentaire. Ce point avait été formellement évoqué dans les études doctrinales³⁵ et la distinction se trouve reprise dans de nombreux contrats.

Le matériel génétique se présente d'abord comme une chose tangible : il est alors sous la forme d'un A.D.N. C'est ainsi qu'il est désigné dans les actes de prélèvements médicaux accomplis à des fins de recherche clinique, ou d'études d'épidémiologie génétique. Il peut également s'agir de plasmides³⁶, de sondes A.D.N., etc. Le matériel génétique peut être, par ailleurs, incorporé dans un matériel biologique spécifique dont il sera extrait (tel que des lignées cellulaires, des produits divers d'exérèses, etc). Ces différents objets sont parfois désignés comme une «tangible property». Leur nature tangible les destine aux opérations juridiques caractéristiques des objets corporels.

Des clauses contractuelles vont en interdire le transfert à des tiers ou vont subordonner leurs déplacements à l'obtention d'une autorisation préalable du remettant. Une des clauses-types les plus souvent rencontrée dans le cadre des contrats d'échange ou de licence de matériels est libellée comme suit:

*This material will not be distributed or released to any person other than co-workers working under the scientists direct supervision, and no one will be allowed to take or send this material to any other location unless the written permission is obtained from...*³⁷

D'autres clauses vont permettre au remettant du matériel biologique ou génétique d'en exiger le retour ou la destruction en cas de rupture ou à la survenance du terme de la convention. Enfin, s'agissant le plus souvent de matériel destiné à la recherche et à l'expérimentation dont l'innocuité n'est pas toujours établie, le remettant insérera dans les conditions contractuelles une

une chaîne; l'A.D.N. se présente sous l'aspect d'une double chaîne dont chaque brin anté-parallèle est lié à l'autre par des liaisons combinant les éléments A-T ou T-A, C-G, G-C; les deux chaînes sont complémentaires et dessinent une échelle dont les barreaux sont les couples A-T ou G-C; cette chaîne s'enroule sur elle-même évoquant l'image d'une hélice double: sur l'ensemble de cette question: voir: J.B. WATSON et F. CRICK, *La double hélice*, Laffont, Paris, 1984. La succession des bases nucléiques ATCG forme un code véritable appelé code génétique; le message ainsi inscrit sur les brins d'A.D.N. permet d'assembler les protéines, c'est-à-dire les constituants élémentaires des êtres vivants. Les brins d'A.D.N. recèlent en quelque sorte le plan de construction de tous les êtres vivants. Sur le concept d'information génétique, voir par exemple: F. BOUVIER, *L'information génétique; concepts de la biologie moderne*, Privat, Toulouse, 1980.

35. Voir: N.J. MAZEN, *loc. cit.*, note 15; J.-C. GALLOUX, thèse précitée, note 2, p. 2.

36. Petite séquence d'A.D.N. chez une bactérie. Elle agit et se réplique de façon indépendante du chromosome principal. Elle peut être transférée de bactérie à bactérie par conjugaison.

37. Voir: P. D. KELLY et E. G. JAWORSKI, *loc. cit.*, note 22, p. 25.

clause excluant sa responsabilité en cas de dommages résultant de son utilisation:

The recipient acknowledges that the material is experimental in nature, and that... makes no representations or warranties of any kind either express or implied, as to the merchantability or fitness of the material for a particular purpose,... in no event... will be liable for any damages direct or indirect or consequential resulting from any use of the material or any derivatives thereof by the recipient or any other party.

Le matériel génétique est surtout porteur d'information. Cette information, son identification et son décodage représentent le but ultime de la recherche. Dès qu'elle se trouve déchiffrée, le détenteur de l'information génétique possédera la clef de la fabrication de la protéine qu'elle permet de synthétiser. D'une façon plus large et par analogie, les acteurs contractuels dans le domaine des biotechnologies vont distinguer les aspects corporels et incorporels de tous les matériels biologiques: l'information ne désignera plus seulement l'information génétique encodée à des supports d'A.D.N., mais toute information technique relative au matériel ou révélé par lui.

L'information technique va notamment recouvrir tous les résultats des recherches effectuées sur ces divers objets et les connaissances relatives au comportement du matériel vivant. L'intérêt de la distinction entre les deux aspects des matériels biologiques ou génétiques réside pour l'essentiel dans une meilleure définition des droits respectifs des parties. En effet, une difficulté aux conséquences pratiques importantes demeure largement irrésolue au plan des principes juridiques: dans quelle mesure la propriété des supports emporte-t-elle la propriété des informations qu'ils recèlent ou qu'ils révèlent, dans l'hypothèse où cette information vient à être découverte par une personne distincte du propriétaire des supports?³⁸ Si l'information découverte fait par la suite l'objet d'un droit de propriété industriel ou intellectuel, des risques de confusion avec la propriété corporelle du matériel peuvent survenir. Ces risques existent aussi bien dans les systèmes de common law que dans les systèmes de droit civil³⁹, et ils ne sont pas particuliers au domaine des biotechnologies⁴⁰.

38. Sur l'ensemble de cette question, voir: J.-C. GALLOUX, «Du droit de l'inventeur sur ses découvertes: à la recherche d'un droit fabuleux», *Revue de la recherche juridique*, 1991-92, pp. 387-418.

39. En droit américain, voir notamment: W. N. KIRN, *loc. cit.*, note 11, pp. 292 et 313.

40. Ainsi l'article 28 de la loi française du 11 mars 1957 relative à la Propriété intellectuelle, artistique et littéraire précise: «La propriété incorporelle définie par l'article 1^{er} est indépendante de la propriété de l'objet matériel. L'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par la présente loi, sauf dans les cas prévus par les dispositions de l'article 23, alinéas 2 et 3.»

Les cocontractants vont ainsi préciser les droits assis sur les deux aspects distincts du même matériel. Dans les contrats de recherche ou d'échange, la propriété corporelle du matériel reste généralement acquise à son remettant, le bénéficiaire conservant dans la plupart des cas de contrôle de l'information générée par le matériel s'il l'a découverte. Toutefois, il est permis de distinguer entre les deux aspects présentés par les matériels biologiques et génétiques, il ne faudrait pas nier le lien indissoluble qui les unit et que scelle l'existence réelle d'un seul objet. C'est pourquoi le terme global de «technologie» semble approprié pour désigner ensemble le matériel proprement dit et toutes les informations qu'il convoie ou qu'il peut révéler.

2 - LE CARACTÈRE APPROPRIABLE DES MATÉRIELS BIOLOGIQUES ET GÉNÉTIQUES

Ce paragraphe peut paraître superflu dans la mesure où le caractère appropriable des matériels vivants s'induit de leur présence dans les relations contractuelles. Il est à noter toutefois que les contrats d'échange évitent soigneusement de préciser que les parties sont propriétaires des matériels en cause. Ces subtilités rédactionnelles restent propres aux accords passés sous l'empire de la loi américaine et ne remettent pas en cause le principe de l'appropriabilité du vivant: «the restricted release form does not address the issue of ownership. Instead, it focuses on allowable use of material. This approach was adopted to avoid legal formalities relating to the ownership of derivatives.⁴¹»

Cette pratique nord-américaine se retrouve en Europe avec des variantes encore moins heureuses, en témoigne cette rédaction ambiguë quant aux modes d'appropriation des matériels: «la société X peut nous fournir le matériel 33 (plasmide contenant le gène 31 et le gène 32)... Ce matériel résulte des propres travaux de la société X qui en a la *propriété industrielle*.»

Certes, les notions d'«ownership», de «property» et de «propriété» ne recouvrent pas exactement le même concept. Elles marquent toutes néanmoins la volonté d'approprier ces objets particuliers, c'est-à-dire de revendiquer une exclusivité à leur égard^{41a}.

Or, cette question demeure encore controversée en doctrine. Certains auteurs soutiennent en effet que l'appropriation privée des matériels vivants est

41. P.D. KELLY et E.G. JAWORSKI, *loc. cit.*, note 22, pp. 23 et 24.

41a. Sur l'exclusivité comme caractère essentiel de la propriété: F. ZENATI, *Les biens*, PUF, Paris, 1988, p. 1040; E. MACKAAY, «La propriété est-elle en voie d'extinction?» dans *Nouvelles technologies et propriété*, sous la direction de E. MACKAAY, Litec, Paris, 1991, p. 217.

autant une aberration juridique qu'une abomination culturelle et économique. Le vivant serait inappropriable car il appartiendrait au règne de la nature, elle-même non appropriable⁴². Si l'idée de nature, comme toute idée, semble en effet inappropriable, il n'en demeure pas moins que les existants dont la nature se compose ont toujours été appropriables à titre de «*res nullius*». La solution ultime pour faire échapper la nature à l'appropriation privée résiderait dans la reconnaissance internationale de la qualification de patrimoine commun de l'humanité des ressources vivantes⁴³. Certes, cette position a pour elle, d'un point de vue juridique, de s'appuyer sur une pétition de principe adoptée par la F.A.O.⁴⁴, mais il n'est pas certain qu'elle soit techniquement et économiquement justifiée. Elle part du postulat selon lequel l'appropriation privée des matériels biologiques et génétiques, par voie de brevet en particulier, serait néfaste au développement des techniques et à leur diffusion mondiale.

L'appropriation privée du vivant renforcerait la situation monopolistique des grands groupes industriels occidentaux au détriment des pays en voie de développement. Or, il est permis de constater que, jusqu'à présent, le système du brevet a joué un rôle stimulateur que n'a pas démenti la formidable accélération technique dans le domaine des biotechnologies⁴⁵. Quant à l'érection d'un nouvel ordre économique mondial dont le concept de patrimoine de l'humanité serait un des instruments, le débat dépasse de loin le cadre de cet article⁴⁶. Ce point de vue se trouve vigoureusement soutenu, en France, par le Comité Consultatif National d'Éthique qui considère que l'appropriation par voie de brevet des séquences d'A.D.N. «constitue un détournement des conditions normales et éthiquement admissibles, en vue d'obtenir un avantage économique injustifié»⁴⁷. À notre sens, il nous semble excessif de parler de «dérèglements de l'appropriation privée»^{47a} dans le domaine des biotechnologies. Si les mécanismes mis en place par la pratique méritent sans doute d'être encore amendés, leur correction interviendra plus sûrement par l'application des règles juridiques propres à l'appropriation que par le recours à des mécanismes de puissance publique. Quant à l'appropriation de l'information génétique par la

42. «Sur un exposé de ces positions», voir: M.A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 6, p. 259 et suiv.

43. Voir par exemple: B. EDELMAN, «Le droit et le vivant», *La Recherche*, vol. 20, 1989, p. 976. M.A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 6, *in fine*; C. de KLEMM, «Conservation of species. The need for a new approach», *Environmental Policy and Law*, 1982, p. 117.

44. Résolution FAO 6/81 adoptée le 26 novembre 1981 (doc FAO C/81/II/REP/1) et d'ailleurs peu suivie d'effet.

45. Voir par exemple: M. LEHMANN, «Property and intellectual property - property rights as restrictions on competition in furtherance of competition», *I.I.C.*, vol. 20, 1989, pp. 1-15.

46. Sur le concept de patrimoine commun de l'humanité et les déconvenues que son application a pu causer: V. BEKKOUCHE, «La récupération du concept de patrimoine commun de l'humanité», *Revue belge de droit international*, vol. XX, 1987, pp. 124 et suiv.

47. Avis du 2 décembre 1991, précité note 7.

47a. M.A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 6, p. 297.

voie du brevet, elle se trouve confirmée dans tous les pays avancés depuis plus de dix ans.

Ainsi, la pratique consacre-t-elle le caractère appropriable des matériels biologiques ou génétiques. Mais cette «appropriabilité» s'inscrit entre des limites qui tiennent précisément aux mécanismes du droit de propriété.

Deux séries d'hypothèses permettent de mesurer l'importance de l'appropriation des matériels vivants dans le domaine des biotechnologies: la première série est relative à l'origine humaine des matériels et la seconde au caractère commun de certains matériels.

Dans l'hypothèse d'un prélèvement de matériel biologique ou génétique humain sur le corps d'un patient ou d'un volontaire sain, et dans cette hypothèse seulement, les actes passés, prévus dans un «formulaire de consentement» («consent form»), ne mentionnent jamais un quelconque transfert de propriété. En effet, l'application du concept de propriété aux choses attachées à la sphère corporelle relève encore du tabou juridique⁴⁸. Tout le monde s'accorde toutefois à reconnaître la nature réelle des matériels détachés. Mais ces derniers n'entreraient pas nécessairement dans le commerce⁴⁹. En fait, ils entrent déjà, qu'on le veuille ou non, dans le commerce juridique par le fait même qu'ils soient transférés physiquement à des tiers sous des conditions précisées par un acte juridique.

La personne conserve un certain contrôle sur les échantillons prélevés et sur l'information qui en résulte⁵⁰, ce contrôle se justifiant à des fins de protection de la personne. Dans certains formulaires de «consentement éclairé», il est prévu d'informer le patient en cas d'utilisation commerciale ultérieure du matériel prélevé, ou dans l'hypothèse où le matériel révélerait une découverte d'intérêt économique certain^{50a}. Avec l'anonymat des échantillons, les prérogatives de la personne paraissent s'évanouir: «une partie du matériel biologique et/ou des données dérivées... pourra être utilisée de façon anonyme pour la recherche sur la maladie XY...» Telle est la formule que l'on rencontre dans les contrats les plus usuels. Il est vrai que, par l'imposition de l'anonymat,

48. Tabou qui s'appuie sur l'antique adage du Digeste (Liv. IX, tit. II, «Ad Legem Aquilam n° 13») «Dominum membrorum nemo videtur». Sur l'ensemble de cette question, voir : X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps; une mise à l'épreuve du droit subjectif*, préface de J. RIGAUX, Louvain, 1982, pp. 428 et suiv.

49. Encore que l'expression demande à être bien précisée: Voir: J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 7.

50. C'est ce qui justifie l'existence du secret médical.

50a. Pour un conflit relatif à la non-exécution de cette clause: *Moore v. Regents of University of California*, précitée note 25.

l'utilisation ultérieure du matériel prélevé n'est plus de nature à porter atteinte à la personnalité. Mais l'assurance de l'impossibilité d'une action dommageable ne confère pas pour autant à l'équipe médicale la propriété des matériels vivants en cause. Ce droit ne peut naître entre leurs mains. Il aura été nécessairement transféré par le patient ou par le volontaire sain dont les matériels auront été détachés. L'anonymat est, sans nul doute, le critère de la commercialité de ces objets⁵¹ et donc une condition nécessaire au transfert de la propriété. Mais seule une disposition expresse permet d'opérer le transfert complet de la propriété⁵². L'affirmation claire du caractère appropriable ou extra-commercial des matériels biologiques ou génétiques d'origine humaine est donc seule de nature à assurer une meilleure protection des droits de la personne vis-à-vis des utilisations de ces objets dans le cadre d'activités biotechnologiques, qu'elles soient médicales ou extra-médicales.

À l'inverse de l'hypothèse précédente, le caractère commun des matériels biologiques ou génétiques enlève à l'appropriation beaucoup de son intérêt pratique.

À l'instar des autres objets livrés au commerce juridique, les matériels vivants se voient attribuer une valeur en rapport avec leur rareté. La rareté des choses détermine en effet le recours au concept de la propriété sous quelque forme qu'elle se manifeste⁵³.

Les matériels vivants peuvent aisément perdre leur valeur de rareté. Du point de vue de leur aspect corporel, ils peuvent rapidement se multiplier ou être multipliés par les organismes dans lesquels ils se trouvent incorporés. C'est le cas des cultures cellulaires ou des microorganismes. Dès lors qu'ils sont répandus dans le public et facilement accessibles aux scientifiques, leur possession exclusive n'est plus nécessaire, ni pour assurer leur disponibilité auprès des chercheurs, ni pour empêcher les tiers de les ravir. Il en va de même des informations convoyées ou révélées par ces matériels. Si elles ont été divulguées dans le public préalablement à une réservation par le biais d'un droit de propriété intellectuelle ou industrielle, elles deviennent librement disponibles: elles sont tombées dans le domaine public. D'un point de vue corporel aussi bien que d'un point de vue incorporel, les matériels vivants divulgués ne font l'objet d'aucune revendication d'exclusivité. Ce sont des choses communes.

51. Voir: J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 7.

52. En ce sens: J. WOODLEY, «Capitalizing on the wealth buried deep in living matter», *Revue canadienne de propriété industrielle*, vol. 2, 1985, p. 932. Voir également: *Biotechnology Law Report*, décembre 1984.

53. Sur l'ensemble de cette question, voir: E. MACKAAY, *loc. cit.*, note 41a, p. 219.

C'est ainsi que les parties ne s'obligent pas sur de tels matériels dans les contrats de biotechnologie. Si d'aventure des matériels biologiques ou génétiques divulgués et librement disponibles sont nécessaires à la mise en oeuvre d'un procédé de fabrication breveté faisant l'objet d'une licence, le donneur de licence ne s'engagera pas à les fournir, par exemple.

II - L'ÉMERGENCE D'UNE PROPRIÉTÉ BIOLOGIQUE OU GÉNÉTIQUE

Les matériels vivants sont des choses, et dans la plupart des cas, des choses appropriables comme nous l'avons observé. Dès lors, les mécanismes traditionnels des droits privatifs trouvent à s'appliquer. Les biotechnologies ne réclament pas, sous ce rapport, l'élaboration d'un droit «*sui generis*» : «Biotechnology is not unique, and therefore can be adequately dealt through existing law»⁵⁴. Mais les biotechnologies possèdent cette singularité vis-à-vis des autres technologies d'utiliser précisément de la matière vivante. Or, la matière vivante présente des particularités techniques qui modifient le fonctionnement de certains mécanismes juridiques de l'appropriation et en rendent l'application difficile. La pratique contractuelle s'est donc appuyée sur les mécanismes juridiques traditionnels en leur imposant des modifications de façon à les adapter à l'appréhension de ces objets nouveaux. Les solutions apportées par la pratique ne sont pas toujours homogènes et complètes, si souvent elles innoveraient. Dans une certaine mesure, elles pourraient préfigurer l'émergence d'un type particulier de droit privatif.

Ainsi, les propriétés techniques du vivant (A) imposent la recherche et la mise en place de nouveaux cadres juridiques pour la propriété biologique (B).

A - LES PROPRIÉTÉS TECHNIQUES DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES OU BIOLOGIQUES

Le matériel vivant présente des singularités évidentes vis-à-vis des choses inanimées, mais qu'il convient de rappeler afin d'identifier les problèmes juridiques qu'elles suscitent. Le domaine du vivant, et par suite, celui des biotechnologies, demeure empreint d'incertitudes techniques dues à deux caractéristiques essentielles : le pouvoir d'auto-reproductibilité du vivant et sa variabilité.

54. W.N. KIRN, *loc. cit.*, note 11, p. 292.

1 - LE CARACTÈRE AUTO-REPRODUCTIBLE DU VIVANT

Le matériel vivant a la faculté de se reproduire à l'identique: chacun des brins d'A.D.N. peut se dédoubler pour être répliqué selon des processus biochimiques complexes désormais bien connus⁵⁵.

Par ailleurs, les organismes eux-mêmes, quelle que soit leur complexité, peuvent également se reproduire par division pour les être les plus frustes⁵⁶, ou de manière sexuée pour les plus élaborés⁵⁷. Le vivant se présente donc comme une machine à produire le même⁵⁸. Le transfert d'un matériel reproductible utilisable dans un procédé biotechnologique revient au transfert non seulement du savoir-faire relatif à ce procédé mais aussi des moyens de mise en oeuvre de ce procédé. Ces caractéristiques techniques suscitent des problèmes juridiques inédits quant aux limites de leur appropriation et ses conséquences.

- a) Le propriétaire d'une souche d'organismes vivants, l'est-il de toutes les générations qui en seront issues? La question présente un intérêt moindre pour les êtres vivants supérieurs dont le rythme de reproduction s'étend sur une échelle temporelle relativement longue.

Les textes légués par les sociétés traditionnelles à dominante agricole peuvent aisément s'appliquer en l'espèce⁵⁹. Les microorganismes et les lignées cellulaires en revanche, prolifèrent à un rythme élevé pour peu qu'ils baignent dans un milieu de culture propice à leur développement. Ils assurent une source continuelle dont on ne sait, a priori si le licencié, par exemple, peut avoir la libre-disposition⁶⁰. Le donneur de licence devra-t-il réclamer des redevances sur cette reproduction en sus des droits versés lors de la remise des premiers échantillons? Par ailleurs, la faculté d'auto-reproductibilité des matériels biologiques ou génétiques fait pièce à leur caractère mortel. Les contrats d'échange ou de location

55. Voir par exemple: J.M. ROBERT, «Physiologie du gène», *Revue du praticien*, 1974, vol. 24, p. 2257.

56. La plupart des plantes ou des microorganismes, quelques insectes et de rares vertébrés se contentent d'un mode de reproduction virginal autrement appelé parthénogénèse. Les descendants d'un même ancêtre possèdent toutes ses caractéristiques génétiques; on les désigne sous le nom de clone.

57. La sexualité n'est qu'une forme commode permettant une plus grande variabilité individuelle, gage d'adaptabilité de l'espèce; sur l'ensemble de cette question, voir: LANGANEY, *Le sexe et l'innovation*, Seuil, Paris, 1979.

58. Voir: J. MONOD, *Le hasard et la nécessité*, Seuil, 1979, pp. 19 et suiv.

59. Voir l'art. 547 du *Code civil français*, «Le croît des animaux [appartient] au propriétaire par droit d'accession». Art. 548: «Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais de labours, travaux et semences faits par des tiers et dont la valeur est estimée à la date du remboursement».

60. Voir par exemple: J. L. JEFFERS, *loc. cit.*, note 11.

des matériels vivants devront donc prévoir des dispositions particulières en cas de disparition de ceux-ci. Certains contrats prohibent la reproduction des animaux transgéniques par les clients ou les licenciés, réglementent leur dissémination, leur revente ou leur prêt^{60a}.

- b) Dans l'hypothèse où les matériels vivants sont prêtés ou loués et non cédés, se pose avec acuité le problème du contrôle que peut exercer sur eux le propriétaire. En effet, une certaine responsabilité demeure attachée au droit de propriété dont il est nécessaire de préciser les contours et les frontières avec la responsabilité du bénéficiaire utilisateur de ces matériels. «*L'animus domini*» qui caractérise la propriété, s'exerce par l'intermédiaire d'un contrôle sinon conscient, du moins possible. Ce problème recouvre des situations pratiques, nombreuses et importantes.

Les secteurs de biotechnologie faisant appel aux techniques de la recombinaison génétique⁶¹, utilisent parfois des souches de microorganismes pathogènes ou qui sont susceptibles de donner naissance à des organismes vivants pouvant présenter un danger pour l'homme ou son environnement. Ces activités font l'objet d'une réglementation précise et d'une surveillance particulière⁶², mais qui n'identifie que rarement les responsabilités respectives des différents intervenants. Il est permis de s'interroger sur la pertinence même des concepts juridiques de garde ou de maîtrise vis-à-vis d'organismes microscopiques aussi peu saisissables ou dont la croissance et le nombre les restituent en quelque sorte à l'univers du non-droit (puisqu'ils deviennent communs en raison de la perte de rareté qu'ils subissent et de leur disponibilité immédiate comme pratiquement illimitée)⁶³.

60a Voir: J.-C. GALLOUX, «L'organisation et la protection juridiques de la création et nouvelles races animales», dans CHEVALIER, *Rapport sur les applications des biotechnologies à l'agriculture et à l'industrie agro-alimentaire*, Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques, Paris, 1990, t. 2, pp. 342 et suiv.

61. Grâce auxquelles il est permis d'insérer dans le génome d'un être vivant une séquence génétique nouvelle provenant d'un être appartenant à une espèce différente, de façon qu'il puisse exprimer le caractère gouverné par ce gène.

62. Pour le Canada, voir: R.B. CADWELL et L.H. DUCKE, *La réglementation de la biotechnologie végétale au Canada*, Agriculture Canada, Ottawa, janvier 1988. Pour la France: J.-C. GALLOUX, «L'encadrement des biotechnologies: de la normalisation à la réglementation des pratiques», *R.R.J.*, 1990, n° 2, pp. 253-278.

63. Que l'on songe à la prolifération d'un virus à l'occasion d'une épidémie de grippe: si la souche originale a pu être «appropriée» par un ou plusieurs individus, que faut-il conclure des colonies virales qui sont des descendants directs de cette dernière et qui ont infecté des millions d'individus? Sur les rares études doctrinales traitant de la classification juridique des microorganismes: voir: R. SAVATIER «Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels», *Rev. Trim. de droit civil*, 1958, pp. 331 et suiv.; J.-

Ces difficultés ne sont pas circonscrites à la seule utilisation des microorganismes. Certes, le contrôle de la descendance chez les espèces supérieures sexuées est rendue plus aisée par le fait même de leur sexualité⁶⁴, et par leur apparence, mais il ne peut être exercé en toute circonstance⁶⁵. Dans ces diverses hypothèses que reste-t-il vraiment de la caractéristique essentielle de la propriété que demeure «*l'animus domini*»?

2 - LE CARACTÈRE VARIABLE DU VIVANT

- a) La variabilité est une propriété essentielle du vivant. Elle se combine sans contradiction avec le caractère immuable du matériel génétique. Les réplifications du matériel héréditaire apparaissent en effet d'une extrême sûreté puisqu'une erreur ne se glisse dans la copie qu'une fois toutes les 100,000 réplifications en général⁶⁶.

La conservation des espèces et des races commande l'immutabilité des structures génétiques. Les erreurs ou mutations qui les affectent cependant jouent un rôle primordial: elles vont permettre d'adapter les organismes vivants aux changements de leur milieu. Les mutations vont conférer à l'individu qui en est porteur, soit un avantage physiologique particulier qui lui permettra alors de mieux se développer dans sa niche écologique, soit un handicap qui vouera celui qui en est affligé à une disparition prompte. Le phénomène de la mutation est considéré comme le moteur de l'évolution des formes vivantes dans la théorie néo-darwinienne⁶⁷. En un mot, le vivant est le contraire du fleuve héraclitéen, toujours identique à lui-même sous le constant renouvellement des eaux qu'il charrie. Les mutations peuvent être, au demeurant, provo-

C. GALLOUX, thèse précitée note 2, pp. 202 et suiv.

64. Il sera notamment possible de castrer les individus, ce qui s'effectue couramment chez les animaux et les végétaux. Les hybridations chez les plantes ou certains croisements chez les animaux permettent par ailleurs d'obtenir une progéniture stérile.

65. Le propriétaire d'une plante l'est-il également des pollens que cette plante dissémine à tous les vents? Le problème a pu légitimement se poser pour les plantes recombinées génétiquement et qui pourraient s'hybrider hors de tout contrôle avec des végétaux appartenant à des propriétaires mitoyens: voir: Norman C. ELLSTRAND, «Pollen as a vehicle for escape of engineered genes?», *Trends in biotechnology*, vol. 6, 1988, S. 27.

66. Sur les taux de mutation naturelle voir: J. SOKATCH, «Basic bacteriology and genetics», N.Y., 1976, pp. 118-120.

67. Sur les théories néo-darwinienne: J. RUFFIE, *De la biologie à la culture*, Flammarion, Paris, 1983, t. I, pp. 50 et suiv. Sur les critiques adressées au néo-darwinisme, *id.*, pp. 177 et suiv. Pour les critiques plus radicales: C. TRESMONTANT, *Comment se pose aujourd'hui le problème de l'existence de Dieu*, Seuil, Paris, 1966, pp. 7 et suiv.

quées soit mécaniquement (par des radiations ionisantes par exemple), soit chimiquement⁶⁸.

La mutagénèse provoquée tend à faire apparaître de nouvelles formes vivantes qui n'auraient pas spontanément surgi, parmi lesquelles on escompte sélectionner des souches présentant des caractères souhaitables.

Le matériel génétique peut également fusionner avec d'autres matériels héréditaires pour donner des résultats inattendus qui s'expliquent par la complexité des phénomènes en jeu. Enfin, le matériel génétique est une chose éminemment périssable, le caractère éphémère du vivant trouve précisément son accomplissement et sa limite dans le phénomène de la génération.

- b) Ces caractéristiques suscitent de délicates difficultés juridiques. D'un point de vue strictement contractuel, des problèmes d'identification vont se poser. Si un matériel licencié mute et ne peut plus être restitué sous son aspect originel au donneur de licence au terme du contrat, le licencié sera-t-il considéré comme fautif? Le donneur de licence sera-t-il obligé d'accorder une garantie en cas de mutation imprévue du matériel, rendant ce dernier impropre à l'usage auquel on le destinait?⁶⁹

Pareillement, lorsque le matériel périt, devra-t-il être remplacé? La question est particulièrement aiguë dans le cadre du dépôt de matériel vivant auprès d'une autorité de Dépôt international sous la Convention de Budapest⁷⁰.

Les règles adoptées par l'Office des brevets américains à compter du 1^{er} janvier 1990 permettent le remplacement d'un matériel non viable, comme le dépôt supplémentaire lorsque le matériel ne «fonctionne» pas correctement⁷¹.

Mais le problème de l'appropriation des matériels dérivés ou mutés reste essentiel. La pratique contractuelle a dégagé deux paramètres permettant de résoudre cette difficulté: la considération de l'importance de la mutation subie et les circonstances dans lesquelles elle survient. Les praticiens considèrent habituellement que les mutations mineures

68. Sur l'ensemble de cette question: J.-C. GALLOUX, thèse précitée note 2, pp. 398 et suiv.

69. Sur ces questions, voir: E. MACMAHON et B. W. GRAY, *op. cit.*, note 11.

70. Voir: Comité d'experts de l'OMPI, Biot/CE/IV/2, p. 61; article 6-2 du Traité.

71. Voir: C. VAN DORN, «Biotechnology patenting; new rules and issues relating to deposits of biological materials», *Biotech. Patent Conference*, Washington, mai 1990.

affectant un matériel vivant ne modifient pas l'identité de celui-ci au point de l'affranchir du lien privatif initial⁷². Reste cependant à déterminer la limite au delà de laquelle la mutation donnera naissance à un matériel trop dissemblable au matériel originel pour qu'il tombe dans le champ du droit attaché à ce dernier. Un matériel biologique s'appropriant en raison des caractéristiques techniques utiles ou rares qu'il présente, on considérera que seront pareillement appropriés les matériels mutés ou dérivés qui présentent les mêmes caractéristiques essentielles⁷³. La solution retenue s'exprime selon les clauses suivantes: «material... including any genetically engineered modifications which is substantially based on and incorporates an essential element of the material...». Cependant, ces clauses nécessairement floues exposent le droit revendiqué au risque des contestations. Comme le notent KELLY et JAWORSKI: «The goal of such efforts is to balance two competing equities»⁷⁴. En cette matière, comme en bien d'autres, la propriété va moins se fonder sur des considérations philosophiques que sur une justification économique. Le fait de s'approprier un matériel biologique avec toutes les variations possible dont il peut se trouver affecté, confère au titulaire du droit un monopole beaucoup trop important, sans mesure avec le pouvoir initial qu'il détient immédiatement sur la chose. La Cour de justice des communautés européennes a statué en ce sens dans une hypothèse voisine, en se fondant sur des dispositions relatives au droit de la concurrence⁷⁵.

Le licencié d'une variété florale protégée par un certificat d'obtention végétale ayant découvert et revendiqué une nouvelle variété issue de celle qu'il cultivait sous licence, se voyait opposer une clause contractuelle selon laquelle toutes les mutations affectant la variété donnée en licence resteraient la propriété du donneur de licence. Cette clause a été jugée contraire à l'article 85 du Traité de Rome. Il semble, en revanche, que la reconnaissance d'une copropriété entre l'inventeur de la variété nouvelle et le propriétaire du matériel de départ ne soit pas prohibée^{75a}. La limite ainsi apportée à la propriété «biologique» ou «génétique» va dans le sens d'une reconnaissance du caractère «inappropriable» des caractéristiques primaires du vivant, sa variabilité en particulier. Cette

72. En ce sens: P. KELLY et E.G. JAWORSKI, *loc. cit.*, note 22, p. 25.

73. Voir par exemple: J. WOODLEY, *loc. cit.*, note 52, p. 131.

74. *Id.*

75. MEILLAND, J.O.C.E., n° L 369, du 31 décembre 1985, décision de la Commission du 13 décembre 1985, *Revue trimestrielle du droit européen*, 1987, n° 3, pp. 322-328.

75a. Sur cette question, voir les commentaires de la décision précitée par M. GOYER dans *Le droit du génie génétique végétal* sous la direction de M.A. HERMITTE, Litec, 1987, pp. 243 et suiv.

prohibition assure en outre un accès plus large aux ressources offertes par le vivant.

L'article 14-4 de la Convention UPOV, dans sa nouvelle rédaction issue de la révision du 19 mars 1991, étend désormais les droits de l'obteneur «aux variétés essentiellement dérivées de la variété protégée» et à celles «qui ne se distinguent pas nettement de la variété protégée»^{75b}.

La fusion ou la combinaison de deux matériels biologiques ne pose pas de problèmes juridiques moins complexes, lorsque les matériels fusionnés ou combinés appartiennent à deux propriétaires différents. Si le droit de brevet, ayant pour objet une séquence génétique dirigeant la synthèse d'une protéine particulière, subsiste généralement quel que soit le matériel dans lequel cette séquence pourra se trouver incorporée et s'exprimera, il peut en être différemment du droit portant sur les matériels biologiques appréhendés sous leur aspect corporel. Dans ce cas, ne faut-il pas recourir aux mécanismes traditionnels de l'accession mobilière réglementée par les articles 56 et suivants du *Code civil*⁷⁶, afin de connaître le propriétaire de l'entité nouvellement constituée? La propriété des produits issus de celle-ci n'est pas mieux fondée.

Pour éviter ces délicates discussions, la pratique tend à prohiber contractuellement la combinaison ou la fusion des matériels génétiques dans le cadre des licences: soit d'une façon spécifique, par l'édition de clauses prévoyant une «prohibition against comingling»⁷⁷, soit par le biais d'une définition précise et restrictive des utilisations du matériel biologique licencié⁷⁸. Il reste que l'usage des matériels lors des phases expérimentales demeure en principe admis et peut offrir au licencié une excuse s'il venait à tenter de combiner le matériel licencié avec un autre⁷⁹. Les techniques contractuelles peuvent prévenir les combinaisons volontairement dirigées. Pour les combinaisons advenant au gré des vents (suite à dissémination des pollens notamment) la question reste très ouverte. Le propriétaire d'une plante transgénique rare serait-il

75b Conférence diplomatique de révision de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales, Projet final, Genève, 19 mars 1991, doc. DC/91/138.

76. Art. 413 du *Code civil du Bas Canada*.

77. En ce sens, W. N. KIRN, *loc. cit.*, note 11, p. 314; E. MACMAHON et GRAY, *loc. cit.*, note 11.

78. Voir: W. KIRN, *loc. cit.*, note 11, pp. 314-315.

79. Dans le domaine des biotechnologies, l'usage à des fins de recherches des matériels brevetés paraît très restrictivement admis; voir: I. N. FEIT, «Biotechnology research and the experimental use exception to patent infringement», *JPTOS*, 1989, p. 8190.

copropriétaire de la plante hybride née d'une fécondation de hasard dans le fond de son voisin?

En tout état de cause, il est peu compatible avec le droit commun de la vente dans les pays de droit civil d'assortir les contrats de cession de matériels biologiques de restrictions à l'usage futur de l'objet cédé, identiques aux précédentes.

B - LES PROPRIÉTÉS JURIDIQUES DES MATÉRIELS GÉNÉTIQUES OU BIOLOGIQUES

La propriété biologique, ou propriété des matériels biologiques, n'existe pas en soi comme catégorie juridique particulière. L'appropriation des matériels biologiques ou génétiques s'exprime sur divers modes juridiques traditionnels, mais les droits conférés présentent des contours que dessinent les spécificités de la matière vivante.

1 - LES TYPES DE PROPRIÉTÉS BIOLOGIQUES

À la nature duelle du matériel génétique ou biologique, corporelle ou incorporelle, répond un double mode d'appropriation, corporel ou incorporel. Tous les contrats examinés proclament l'existence d'une propriété sur l'ensemble des éléments, aussi bien tangibles qu'intangibles, des matériels génétiques ou biologiques visés.

La propriété corporelle classique, qualifiée tantôt de propriété biologique, tantôt de propriété tangible, porte sur les échantillons biologiques proprement dits. Elle va essentiellement régir les transferts physiques desdits matériels. Cette forme de propriété se trouve d'autant plus affirmée qu'elle ne s'accompagne pas d'une propriété incorporelle portant sur certaines informations convoyées ou révélées par le support physique. Ainsi, recourra-t-on à cette forme d'appropriation dans le cadre des échanges de matériels à des fins de recherche - hypothèse dans laquelle les supports n'ont pas encore été «déchiffrés». À côté de la propriété corporelle et parfois indépendamment d'elle, les contrats de biotechnologie confirment l'existence d'une propriété incorporelle assise sur l'information révélée ou inscrite dans les échantillons biologiques.

L'existence de deux propriétés indépendantes se conçoit dans la mesure où elles portent sur deux réalités radicalement distinctes quoique fondues dans un seul objet, et où la maîtrise des supports n'entraîne pas automatiquement

celles des informations qu'ils convoient, à défaut de la connaissance par le propriétaire de leur existence.

Les contrats de recherche ou d'échange de matériels biologiques mettent ce mécanisme dualiste bien en évidence: une partie conserve la propriété corporelle du matériel qu'elle remet à son partenaire aux fins de recherche, mais reconnaît à celui-ci la faculté de s'approprier par voie de brevet les inventions qu'il pourrait faire grâce à ce matériel. La distinction de deux modalités réaliste conforme à la nature des choses, comme aussi d'une bonne compréhension de la recherche en biotechnologie. Elle permet d'octroyer aux entreprises pionnières le contrôle de l'utilisation des matériels biologiques qu'elles ont découvert sans pour autant bloquer les recherches ultérieures sur ces mêmes matériels⁸¹. La distinction de la propriété corporelle de la propriété incorporelle permet également au donneur de licence de retenir le matériel alors même que le brevet portant sur sa technologie serait invalidé⁸². Cette division permet enfin de définir avec précision les droits respectifs des parties et d'éviter ainsi des querelles relatives à la paternité des découvertes⁸³.

L'indépendance entre deux types de propriété n'est cependant pas totale. Dans la plupart des cas, le propriétaire du matériel remis exige une contrepartie à la livraison de la chose qui prendra, selon les cas, des formes différentes. Il peut s'agir d'abord d'un droit d'accès à l'information sur les données découvertes, dans le cadre d'une stricte confidentialité. Il peut s'agir, ensuite, du droit de réviser et de bloquer toute publication scientifique préalablement à son édition. Cette précaution a pour but d'éviter que le propriétaire de l'échantillon ne se voie refuser la prise d'un brevet sur le matériel en question, en raison de l'existence d'une publication scientifique antérieure susceptible de détruire la nouveauté de l'invention⁸⁴. Lorsque la découverte accomplie par le cocontractant s'annonce brevetable, les contrats de recherche et d'échange prévoient en général que le propriétaire de l'échantillon bénéficiera d'une priorité pour négocier l'attribution d'une licence exclusive, ou qu'elle lui sera accordée à des conditions plus favorables. En dépit de ces diverses précisions, la nature juridique de

81. C'est ainsi que MONSANTO, qui avait mis au point, dès 1983, des vecteurs de transformation permettant d'insérer n'importe quelle séquence d'A.D.N. dans des chromosomes d'un nombre important de plantes, a pu, grâce à des agréments, distribuer ces vecteurs à de nombreux instituts de recherche.

82. Voir: E. MACMAHON et B.W. GRAY, *loc. cit.*, note 11.

83. L'affaire *Hoffman Laroche v. Golde* - Civ. n° 80-3601 AJZ (N.D. California) (Voir : «University and drug firm battle over billion - dollar gene», *Science*, vol. 209, 1980, pp. 1492-1494, est d'une des rares instances qui ait eu son origine dans un échange de matériel biologique).

84. Cette précaution est particulièrement utile en Europe puisqu'il n'existe pas de délai de grâce sous la convention sur le Brevet européen, à la différence de la loi américaine; sur l'ensemble de cette question voir: J.-C. GALLOUX, *«loc. cit.»*, note 23, § 2.1.1.

l'appropriation réalisée ou affirmée ne se trouve pas toujours clairement indiquée.

Quel que soit le type de contrat considéré, les parties revendiquent, dans la grande majorité de ceux-ci⁸⁵, l'existence d'une propriété sur toute information susceptible d'avoir une valeur commerciale, liée au matériel biologique ou génétique considéré.

Cette réservation privative existerait même en dehors des formes juridiquement reconnues du droit de brevet ou du droit d'auteur. Sous des dénominations différentes, la même préoccupation s'exprime. Les contrats parlent alors de «intellectual property of all types, including any invention, discovery, trade secret, technology, scientific a technological development... regardless of whether subject to protection under the patent, trademark or copyright laws»; ou de «technology rights» portant sur «any presently existing technical information, know-how, process, procedure, composition, device method, formula, protocol, technique, software, design, data relating to...»; ou encore de «proprietary rights» se définissant comme «all property rights and interests of every nature owned by X in, to, or covering invention or licensed product... and include but is not limited to, inventions, ideas, data, know-how, technology, confidential information and trade secrets». Le terme «proprietary information» recouvre également la même vaste réalité. Ces techniques juridiques contractuelles ne sont pas particulières au domaine de la biotechnologie. Elles montrent le besoin d'une approche moins dogmatique de la notion de propriété et le divorce qui existe désormais entre la pratique et certaines opinions doctrinales qui refusent toujours la possibilité d'une appropriation de l'information⁸⁶. L'émergence de nouvelles formes de réservation aux côtés des droits intellectuels traditionnels, et ne se confondant pas avec eux, se trouve ici confirmée. L'émergence de nouveaux modes d'acquisition de la propriété est pareillement confirmée⁸⁷. Ainsi en sera-t-il de la découverte, c'est-à-dire de la première appréhension intellectuelle d'une chose qui préexistait, mais dont on ignorait jusqu'alors l'existence.

Cette modalité d'appropriation originale se trouve consacrée par les formules contractuelles suivantes: «X shall be entitled to ownership of any invention first conceived or discovered in the performance of the research».

85. Toutefois, dans les accords intitulés «Restricted release agreements», la question de l'appropriation du matériel prêté au cocontractant n'est pas tranchée.

86. Sur cette question voir: A. LUCAS, *Droit de l'informatique*, PUF, Paris, n^{os} 299 et suiv., pp. 347 et suiv.

87. Sur l'ensemble de cette question voir: J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 38.

2 - LES CONTOURS DE LA PROPRIÉTÉ BIOLOGIQUE

La propriété biologique, telle qu'elle se trouve préfigurée par la pratique contractuelle biotechnologique, présente toutes les qualités d'une propriété véritable. Elle signifie et s'attache à préserver l'exclusivité de la relation qui lie une personne à une chose en raison de la valeur que cette dernière représente⁸⁸. Quelque protéiforme qu'elle apparaisse actuellement, l'appropriation du vivant demeure intimement conditionnée par les caractéristiques de l'objet sur lequel elle porte. Il nous apparaît même que la propriété biologique se définit par cette contrainte singulière. Ainsi, la remarquable similitude entre les mécanismes juridiques employés dans les contrats examinés et les mécanismes juridiques qui viennent amender les structures du droit de brevet, dévoilés notamment par la jurisprudence et les réformes en cours quant à la portée de la réservation conférée⁸⁹, s'explique-t-elle aisément.

Les deux formes d'appropriation fonctionnent parallèlement dans la mesure où elles sont toutes deux des formes possibles de la propriété biologique. Toutefois le brevet demeure pour l'instant seul consacré. Au delà de la simple similitude, il existe une indéniable complémentarité entre les prérogatives conférées par le droit de brevet et celles que la pratique contractuelle biotechnologique élabore. Elles s'appuient l'une sur l'autre et se relaient afin de donner au propriétaire de matériels biologiques ou génétiques une protection plus adéquate. Cette situation s'explique autant par la spécificité des droits en cause que par les incertitudes frappant les modalités de l'appropriation du biologique par le droit du brevet⁹⁰. Les réformes des droits de propriété industrielle relativement au vivant devraient permettre de mieux articuler la protection conférée dans le cadre de la propriété biologique.

Il reste toutefois une caractéristique de la propriété biologique largement éludée par la pratique contractuelle biotechnologique: sa durée. En effet, peut-on affirmer la perpétuité du droit sur les matériels vivants? Le temps est une dimension essentielle de la matière animée, puisque c'est contre lui qu'elle lutte, et avec lui qu'elle mute et évolue. L'invention de la réplication puis de la génération sont les remèdes que le vivant apporte à son caractère éphémère. L'adaptation vient par la suite atténuer les effets du temps qui modifie les conditions environnementales dans lesquelles l'organisme se niche. Le temps de l'inanimé est immuable, celui de l'animé est évolutif.

88. Sur les caractères premiers de la propriété, voir: E. MACKAAY, *loc. cit.*, note 41a.

89. L'exemple communautaire européen est à cet égard significatif: voir *supra*. Sur l'ensemble des réformes prévus au niveau de la C.E.E., voir: J.-C. GALLOUX, *loc. cit.*, note 23.

90. Voir: J.-C. GALLOUX, «L'appropriation du vivant: l'impérialisme du brevet» dans *Nouvelles technologies et propriété*, *op. cit.*, note 41a, pp. 111 et suiv.

Partant, peut-on extrapoler à l'animé la durée de la réservation que le droit prévoit pour l'inanimé?

Les systèmes juridiques connaissent des limitations temporelles aux droits, qui tiennent compte précisément de la réalité des choses et des êtres. Les «rules against perpetuities»⁹¹ en common law ou les limitations que l'on trouve çà et là dans les législations de tradition romaniste⁹², en attestent. N'a-t-on également suggéré que la vie humaine soit l'étalon de la durée de la propriété?⁹³ Dans le domaine du vivant, l'établissement d'une propriété perpétuelle se révèle illusoire, inutile et souvent dangereuse.

La reproduction des organismes vivants à une cadence très rapide, leur prolifération, peuvent rendre illusoire le concept même de propriété. Hormis les hypothèses dans lesquelles cette prolifération se trouve contrôlée⁹⁴, ce phénomène conduit à l'établissement de populations dont la taille et l'autonomie paraissent peu compatibles avec la maîtrise réelle qu'exige le droit de propriété.

Par ailleurs, la multiplication de structures vivantes initialement originales emporte une banalisation et une abondance qui ne semblent pas davantage compatibles avec le maintien ou la recherche d'une exclusivité sur ces structures. L'affirmation d'un droit perpétuel sur des matériels destinés à l'innovation dans un champ technologique soumis à un développement accéléré et donc voués à une obsolescence rapide, paraît enfin une réponse juridique inadéquate. L'expérience juridique montre que les objets technologiques sont précisément ceux que l'on protège le moins longtemps⁹⁵. Ces considérations ne sont pas étrangères au silence des contrats sur la durée des droits revendiqués sur les matériels biologiques et génétiques.

91. Sur un exposé complet: J. CRAY, *The rule against perpetuities* (1886); sur une application plus récente due aux progrès biomédicaux: George P. SMITH, *Medical aspects of cryonics: prospect for immortality*, Port Washington, N.Y., 1983, chap. 4 en particulier.

92. Par exemple, la durée de la société ne peut excéder 99 ans (art. 1838 du *Code civil français*).

93. Ce qui correspondrait à la conception originnaire de la propriété: V.C.W. WESTRUP, «Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative», *R.D.H.*, 1933, p. 4.

94. Il en est ainsi des souches de microorganismes mises en cultures dans les laboratoires. Peu importe le nombre d'individus qu'elles comptent; elles sont considérées comme de véritables universalités de fait.

95. Voir pour les logiciels: 25 ans (au lieu de 50 ans pour le droit d'auteur), loi française du 3 juillet 1985; les topographies de produits semi-conducteurs: 10 années à compter du dépôt ou de la date de la première exploitation commerciale (au lieu de 20 années pour les brevets de droit commun) (art. 3 de la Loi française, n° 87-890 du 4 novembre 1987).

CONCLUSION

Les solutions juridiques peu à peu élaborées par la pratique contractuelle biotechnologique, telle qu'observée en Amérique du Nord, confirment les premières analyses doctrinales relatives au développement récent de cette technologie nouvelle. La réification du vivant et de ses structures, quelle qu'en soit l'origine biologique, et l'affirmation de leur appropriabilité a priori sont des solutions apparaissant comme s'imposant d'elles-mêmes et sont reconnues par l'ensemble du monde des praticiens.

En revanche, les modalités de l'appropriation des objets vivants demeurent encore floues. Le débat, en cette matière, reste indissociable de celui qui se développe dans d'autres champs technologiques. Les concepts en cause sont identiques dans leurs définitions comme dans leurs conséquences. Il serait prématuré de voir dans l'émergence de la propriété biologique un droit déjà façonné et incontestable. Il ne s'agit que d'une préfiguration qui nécessite encore l'apport de la jurisprudence et qui sait, du législateur, pour être transcrite définitivement dans le droit positif. En l'absence de ces apports, la pratique contractuelle biotechnologique se pose indubitablement comme l'instrument privilégié de l'élaboration du droit du vivant.